

## **GE\_GERICHTE ATAS/1197/2019 vom 20. Dezember 2019**

GE Cour de justice, 2019-12-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1197\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1197_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1197/2019 du 20 décembre 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1197/2019 del 20 dicembre 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art. 3 al. 1 1ère phrase LAVS). Les assurés sont tenus de payer des cotisations, tant qu'ils exercent une activité lucrative s'agissant de ceux qui en exercent une et, s'agissant de ceux qui sont sans activité lucrative, à compter du 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans jusqu'à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans et les hommes l'âge de 65 ans (art. 3

A/2774/2018 - 6/13 - al. 1 LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Elles sont respectivement de 4.2% du revenu provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 1 LAVS) – et s'y ajoutent alors les cotisations d'employeurs, également de 4.2% (art. 12 s. LAVS) – et en principe de 7.8% du revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS). L'obligation de payer des cotisations dépendant notamment de la qualification du revenu touché. D'après l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS). Conformément à l'art. 12 al. 1 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Tout employeur ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans son ménage des personnes obligatoirement assurées est tenu de payer des cotisations (art. 12 al. 2 LAVS). Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGGA). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGGA). Cette disposition n'entraîne aucune dérogation aux dispositions spéciales et correspond à la jurisprudence développée en relation avec l'art. 9 LAVS (ATF du

#### **E. 10**

Elle précise qu'elle n'est liée par aucun contrat de travail avec la société. Les conventions ou accords portant sur la situation juridique AVS des parties (salariée ou indépendante) ou sur la qualification juridique d'une rétribution dans l'AVS (RCC 1978 p. 518) ne sont toutefois pas décisifs lors de l'appréciation d'un cas particulier pour la qualification d'une activité lucrative du point de vue de l'AVS. Le fait qu'aucun contrat de travail n'ait été conclu n'est dès lors pas déterminant.

## **E. 11**

Il s'avère que le service du commerce a délivré le 18 décembre 2017 à l'intéressée une autorisation en son nom d'ouvrir un établissement de catégorie bar et qu'elle est preneuse du bail, en son nom individuel, des locaux du bar. Un avenant au contrat de bail a toutefois été conclu le 13 décembre 2016, de sorte que lorsque l'exploitation du bar démarre, le 1er janvier 2018, la société est désormais conjointement et solidairement titulaire et responsable du bail. C'est la société qui est quoi qu'il en soit propriétaire de l'enseigne du bar.

## **E. 12**

Les rétributions versées à un assuré en sa qualité d'organe d'une personne morale font partie du salaire déterminant (9C\_648/2011 du 6 novembre 2012, ATF 138 V 463). Les honoraires versés aux administrateurs sont considérés comme salaire déterminant, s'ils sont versés directement à la personne concernée. Les tantièmes, indemnités et jetons de présence des administrateurs des personnes morales font également partie du salaire déterminant (art. 7 let h RAVS et ch. 2037 ss DSD, ATF 133 V 498).

A/2774/2018 - 9/13 - Toute autre est la situation de l'associé d'une société simple qui participe de sa personne à la société, assume par conséquent le risque économique d'entrepreneur et possède le pouvoir de disposition, c'est-à-dire règle la marche des affaires de la société. Il doit être considéré comme exerçant une activité indépendante. Il résulte de ce qui précède qu'en principe, l'intéressée, administratrice d'une société anonyme, ne peut être que la salariée de cette société. Elle n'est précisément pas associée d'une société simple.

## **E. 13**

a. Un assuré, qui a la qualité d'organe d'une personne morale, peut, en même temps, avoir vis-à-vis de la société le statut de salarié comme celui d'indépendant (ainsi par exemple le constructeur indépendant, l'avocat, l'agent fiduciaire, le comptable, qui font partie du conseil d'administration d'une société anonyme). S'il agit en qualité de tiers vis-à-vis de la société, le gain découlant d'une telle activité se caractérise comme un revenu d'une activité indépendante. Pour qualifier l'indemnité, il faut se demander si l'activité pour laquelle celle-ci est versée est liée à la qualité d'organe de la société, ou si elle aurait pu être exercée tout aussi bien indépendamment de cette fonction (RCC 1980 p. 207 ATF 105 V 113, RCC 1983 p. 22). Il faut opérer une distinction entre les activités qui sont exercées en tant qu'organe et celles qui auraient pu être exercées tout aussi bien indépendamment de cette fonction. Ainsi, par exemple, un avocat peut être considéré comme dépendant pour les indemnités qu'il touche en tant que membre du conseil d'administration d'une société anonyme et comme indépendant pour celles qui n'ont aucune relation directe avec son mandat de membre du conseil d'administration, mais qui ont été payées pour la liquidation d'affaires juridiques qu'il aurait traitées sans être membre dudit conseil (Michel VALTERIO, Droit de l'AVS et de l'AI, p. 87). Un assuré peut, par rapport à une seule et même personne, se trouver simultanément dans une situation indépendante et dépendante. Ainsi, par exemple, l'entrepreneur, membre du conseil d'administration d'une société anonyme pour laquelle il effectue des travaux de construction ; de même, l'avocat qui mène un procès pour une société anonyme dont il est l'administrateur ou la médiaticienne qui exerce une activité accessoire de journaliste en publiant dans la maison d'édition au service de laquelle elle se trouve (RCC 1983 p. 22). b. Tel n'est pas le cas en l'occurrence, dès lors que l'intéressée agit au nom de la société, même si certaines personnes ne connaissent que

son nom à elle. Il importe à cet égard de rappeler que la société a pour but l'exploitation de tous établissements publics (cafés, bars, restaurants, etc.) et n'a pour unique activité que celle liée au bar. c. L'intéressée se réfère à un arrêt du Tribunal fédéral (4A 10/17), selon lequel il n'y a pas de rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et l'administrateur unique. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral indique en effet qu'« en tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à

A/2774/2018 - 10/13 - titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 131 s.; arrêts 4A\_293/2015 du 10 décembre 2015 consid. 5 et 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.3). Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81). Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 129 III 664 consid. 3.2 p. 668; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 132) ». Dans cet arrêt, l'administrateur travaillait comme architecte pour la société en plus de son activité de gestion administrative et commerciale. Le Tribunal fédéral a rappelé que les rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction, peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats, et indiquent que la tendance était plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat sui generis analogue au mandat. Dans le cas qui lui était soumis, le recourant était l'un des deux propriétaires économiques de la société intimée - il n'était ni actionnaire majoritaire ni administrateur unique : il n'y avait donc pas identité économique entre la société et lui, ce qui devait exclure d'emblée tout lien de subordination. Cela étant, le Tribunal fédéral a examiné les circonstances du cas concret pour déterminer si l'activité en cause était exercée de manière dépendante ou indépendante, si en d'autres termes, l'actionnaire majoritaire exerçait un pouvoir hiérarchique, soit de contrôle et de direction, sur le recourant. Il a constaté que l'organisation des activités respectives des deux actionnaires ne laissait pas apparaître que le recourant exécutait ses tâches sur la base des instructions de l'autre administrateur de la société. Aussi a-t-il considéré que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail et a, partant, rejeté les conclusions en paiement de prétendus salaires dus jusqu'à l'échéance du contrat de travail allégué. Force est toutefois de constater que cet arrêt a été rendu en droit du travail et que toute la jurisprudence à laquelle se réfère le Tribunal fédéral est relative au droit civil. Or, la notion du salaire déterminant, dans le domaine des assurances sociales, est différente de celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail. Au surplus, les rapports de droit civil entre les parties ne sont pas déterminants pour la qualification d'une activité lucrative du point de vue de l'AVS. Du reste et a contrario, le Tribunal fédéral a précisé que les critères formels, telles les déductions aux assurances sociales, n'étaient pas déterminants.

A/2774/2018 - 11/13 -

#### **E. 14**

S'agissant de l'organisation du travail et du rapport de subordination, l'intéressée explique qu'elle ne suit pas les instructions de l'autre administrateur de la société et qu'elle est la

seule à prendre les décisions stratégiques et de gestion courante de la société. Elle fait valoir qu'elle est la seule à donner des instructions aux mandataires, ainsi qu'aux employés de la société (même si elle n'emploie pas de personnel). Il est vrai qu'elle s'organise comme elle l'entend. Il y a toutefois lieu de rappeler qu'elle agit seule dans la société, l'autre administrateur, son époux, - selon ses propres déclarations faites lors de l'audience du 2 juillet 2019 -, ne participant que peu, voire pas du tout, à la gestion de la société. Le critère lié au rapport de subordination n'est dans ces conditions pas déterminant pour déterminer s'il y a activité salariée ou indépendante, étant rappelé que c'est l'ensemble des circonstances du cas concret qui le permet.

#### **E. 15**

a. L'existence d'un risque économique d'entrepreneur peut être attestée par le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux. b. L'intéressée considère qu'elle court un risque économique, dès lors qu'elle a apporté l'entier de sa fortune personnelle dans le projet d'établissement à l'enseigne du bar, et versé l'intégralité du capital-actions de la société à la constitution de celle-ci, ainsi que les fonds nécessaires au financement des travaux de modification et d'aménagement des locaux du bar, ce grâce à la vente de son appartement privé. Elle supporte les pertes et frais généraux dans l'exploitation du bar, dans la mesure où elle verse régulièrement de l'argent à la société en vue de garantir le paiement des charges de celle-ci et qu'elle n'obtient aucun revenu lorsque la société ne fait pas de bénéfice. Elle souligne que des travaux ont été effectués dans le bar pour plus de CHF 400'000.- qu'elle a elle-même payés, qu'elle exploite le bar et en est la seule gérante. Si la société venait à faire faillite, elle perdrait tout ce qu'elle a investi en temps et en argent dans le projet de bar-restaurant et dans la société, puisqu'elle est l'actionnaire unique de la société. c. Elle admet toutefois elle-même qu'elle ne possède pas une comptabilité distincte de celle de la société. Elle a certes apporté l'entier de sa fortune personnelle dans le projet d'établissement à l'enseigne du bar, et versé l'intégralité du capital-actions de la société à la constitution de celle-ci. Elle n'a toutefois agi que comme tout associé- actionnaire d'une société anonyme, ses investissements passent ainsi par la société. L'enseigne du bar est par ailleurs propriété de la société. Il y a lieu de constater que les achats de matériel figurent sur le compte de la société, que pour la plupart, les offres et les factures relatives à l'entretien, à la rénovation ou à des investissements sont adressées à la société, que des virements

A/2774/2018 - 12/13 - étaient régulièrement opérés au crédit de ce compte courant entreprise et que des sommes étaient régulièrement versées au bancomat sur le compte courant personnel de l'intéressée. Il convient enfin de relever que si la société venait à faire faillite, l'intéressée ne perdrait pas plus que ce qu'elle a investi. Elle ne répondrait à aucun moment à titre personnel des dettes de la société, à moins d'avoir commis un acte illicite, dans le cadre d'une action en responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS. Selon l'art. 620 al. 1 et 2 CO en effet, 1 La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital- actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social. 2 Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales. On ne saurait dans ces conditions soutenir qu'elle court un risque économique.

#### **E. 16**

Il résulte de ce qui précède que l'intéressée exploite le bar non à titre indépendant, mais bien en tant qu'organe de la société, puisque son activité correspond à celle de cette dernière. L'intéressée, agissant au nom et pour le compte de la société, doit être considérée comme exerçant une activité salariée, découlant directement de sa position au sein de la société, envers laquelle elle se trouve dans un indéniable rapport de subordination, bien qu'elle soit libre dans l'organisation de son travail (RCC 1973, 396). L'intéressée ne peut, au vu de ce qui précède, être considérée comme indépendante du point de vue des assurances sociales pour son activité de gérante du bar, l'activité de la société et la sienne étant intimement liée. L'intéressée ne possède pas de réelle organisation d'entreprise indépendante de celle de la société lui permettant de se voir octroyer le statut de travailleur indépendant. Aussi le recours ne peut-il être que rejeté.

A/2774/2018 - 13/13 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.